

¿Qué consecuencias tendrá para los operadores la ley de mejora de la cadena alimentaria?

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco

Miembro del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Ámbito de aplicación de la norma

El ámbito de aplicación del Proyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (publicado en el *BOCG* de 15 de febrero del 2013, en adelante, PLCA), está circunscrito a determinadas operaciones comerciales en el sector alimentario.

Las *operaciones comerciales* no se definen en la ley, pero cabe inferir un concepto difuso a partir de las descripciones que se contienen en los artículos 2 y 5c. Pueden así conceptuarse como las relaciones comerciales que tienen lugar entre los distintos operadores que intervienen en la cadena alimentaria desde la producción a la distribución de alimentos o productos alimenticios. Se incluyen en la noción de operaciones comerciales las relaciones entre los operadores de la cadena agroalimentaria en los procesos de envasado, transformación y acopio; también son operaciones de esta clase la compra de animales vivos, de piensos y de todas las materias primas e ingredientes utilizados en la alimentación animal.

No se consideran, en cambio, operaciones sometidas al PLCA las entregas obligatorias de producto a las cooperativas agrarias u otras entidades equivalentes. Son operaciones sujetas al PLCA las compras efectuadas por centrales o agrupaciones de compra, pero no las operaciones de transporte.

Dentro de las operaciones comerciales así conceptuadas, los preceptos del PLCA relativos a forma y contenido obligatorio de los contratos, la celebración de subastas electrónicas y

la obligación de conservación de documentos (contenidos en el capítulo I del título II) se aplican únicamente a las transacciones comerciales que sean contratos alimentarios (no a las restantes) cuyo precio sea superior a 2500 euros y reúnan, además, alguno de los requisitos siguientes (alternativos, no acumulativos):

- a) que uno de los operadores sea una pyme y el otro no;
- b) que, en los casos de comercialización de productos agrarios no transformados, perecederos o insumos alimentarios, uno de los operadores sea productor primario agrario (o ganadero, pesquero, forestal) y el otro no;
- c) o bien, finalmente, que o uno de los operadores tenga una situación de dependencia económica del otro, entendiéndose que existe tal situación si el 30 % de la facturación de uno de los operadores corresponde a contratos con la contraparte.

El ámbito aplicativo de la norma se circunscribe por tanto, claramente, a las relaciones comerciales en el sector alimentario en las que se produce una situación de desequilibrio entre las partes; se tratará, como se verá, de evitar y sancionar aquellas prácticas que se consideran abusivas o desleales.

2. ¿Hay algo de nuevo sobre los contratos alimentarios que pueda afectar a los operadores comerciales?

Desapasionadamente, el proyecto de ley promete más de lo que contiene, porque no introduce

ninguna regla jurídica imperativa que no preexistiera en otro sector del ordenamiento o no pudiera ser deducida del derecho preexistente.

Desde el punto de vista jurídico conceptual, la norma pretende distinguir los contratos alimentarios de las operaciones comerciales que, según lo expuesto, entran en su ámbito de aplicación. Los *contratos alimentarios* se definen como aquellos por los cuales una parte se obliga frente a otra por un precio cierto a la venta o suministro de productos alimentarios o alimenticios u otros insumos asimilados a alimentos (cualquier producto destinado a ser ingerido, comprendidas las bebidas, gomas de mascar y cualquier sustancia —incluida el agua— incorporada voluntariamente al alimento durante su fabricación, preparación o tratamiento), salvo que el comprador sea un consumidor final. Los *contratos de integración* (definidos en el art. 5g) constituyen a su vez una modalidad de contratos alimentarios, pero no disponen de un régimen especial distinto del propio de aquéllos.

Hay una diferencia esencial entre los contratos alimentarios y el resto de las operaciones comerciales. Los primeros constituyen una especie de las segundas y están sujetos a las disposiciones imperativas de forma y contenido de los artículos 8, 9 y 11 de la ley. De hecho, el resto de las operaciones comerciales sólo vienen a estar sujetas sustancialmente a las normas relativas a las prácticas comerciales desleales, donde el proyecto no innova el derecho preexistente.

La imposición de la forma escrita obligatoria por el artículo 8 (de la que se excluyen las operaciones que no reúnan los requisitos del artículo 2, así como las operaciones comerciales al contado contra entrega de los productos alimenticios) no tiene incidencia, porque así lo precisa el propio precepto, en la *validez del contrato*.

El artículo 9, sobre las condiciones contractuales, no contiene, por su parte, prescripciones imperativas aplicables a los contratos alimentarios, sino una lista de extremos sobre los que debe existir una cláusula o previsión contractual expresa. Aunque el precepto no lo expresa, es evidente que el incumplimiento de este deber de integrar estas cláusulas en el contrato no produce tampoco ningún efecto jurídico privado: así lo prueba que un contrato que no esté documentado en forma escrita, y que incumpla

por ello de hecho todas las prescripciones de integración contractual del artículo 9, es, como se ha dicho, válido. Por lo demás, suponiendo que las partes documentaran por escrito el susodicho contrato, las exigencias de integración del artículo 9 son irrelevantes, incluso si fueron cumplidas escrupulosamente por los contratantes. No hay nada en el artículo 9 que las partes dejarían de hacer constar por su propia iniciativa si convinieran en celebrar el contrato por escrito, salvo la prescripción contenida en la letra c del apartado 1. Mas también ésta es ociosa. Tanto si las partes la incluyen en el contrato como si no lo hacen, las cláusulas contractuales que permitan a una parte modificar unilateralmente las condiciones de precio y descuento *sin razones objetivas* son y han sido siempre inejecutables.

Sin embargo, los incumplimientos de las prescripciones relativas a la necesidad de formalizar el contrato por escrito y de incluir determinados extremos en él, así como la de conservar la documentación sobre los contratos durante un periodo de dos años (que establece el artículo 11), son sancionados administrativamente.

En cuanto al *núcleo duro de la regulación*, que pretenden ser los artículos 12 a 14, sobre *las prácticas comerciales abusivas*, no contiene ninguna prescripción nueva que no estuviera ya contenida en el derecho preexistente que regula las obligaciones contractuales, la publicidad comercial, la competencia desleal y los abusos de posiciones de dominio.

Por mucho que se lea, el artículo 12.2 no aporta nada nuevo al derecho de contratos. Es evidente que no pueden exigirse pagos adicionales que no hayan sido acordados. Es también claro que un pago no puede presentarse como «adicional» si no remunera una contraprestación distinta, incluida la participación en una promoción comercial. Si un pago se simula como «adicional», pero no representa el precio de ninguna prestación específica, o se trata de parte del precio principal (y esto no es nulo), o se sanciona (como será lo más probable) como competencia desleal.

Según el artículo 12.3, los contratos preverán mecanismos de devolución de los pagos cuando las contraprestaciones o actividades de promoción no se lleven a cabo. No se trata tanto de que los contratos lo prevean, sino de que

en cualquier caso se trataría de prestaciones carentes de causa, y restituibles, como pagos indebidos del artículo 1901 del Código Civil.

El artículo 13 pretende formularse como un límite a la obligación de suministrar a la contraparte «información sensible» sobre sus productos o documentos que permitan verificar dicha información. Pero de cierto no se prohíbe, sino que se exige que esta entrega de información esté prevista en el contrato. El único límite que se impone es que la información suministrable esté justificada por razones objetivas y que no sea utilizada para fines distintos de aquellos para los que fue facilitada. Los operadores no podrán exigirse ni desvelar información sensible sobre otros operadores.

El artículo 14 (gestión de marcas), que se sospecha que ha sido considerado de importancia por el autor de la norma, se limita a reiterar obligaciones y prohibiciones que ya se contienen en el derecho de la competencia. Sospechamos que en este redundante precepto se ha querido disparar contra los fabricantes y titulares de marcas blancas. Pero el arma con la que se dispara no contiene munición nueva.

La norma de más fuste es la contenida en el artículo 12.1: «Se prohíben las modificaciones de las condiciones contractuales establecidas en el contrato, salvo que se realicen de mutuo acuerdo». Pero la pretensión parece fallida, pues es desmentida por el siguiente inciso. Si los contratos alimentarios deben contener cláusulas en las que «se prevea el procedimiento para su posible modificación», es porque tales modificaciones pueden producirse sin necesidad de mutuo acuerdo. No sería preciso ningún procedimiento de modificación cuando las partes estuvieran de acuerdo en consensuarla.

3. Creación de nuevos nichos de conductas anticompetitivas

Además de los supuestos típicos de conductas anticompetitivas prohibidas, el artículo 15 de la Ley 3/1991 contiene una cláusula residual en virtud de la cual se reputa desleal la obtención de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de ley. Y se establece asimismo que tiene la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Por esta razón, toda norma susceptible de afectar a la conducta económica

de los operadores empresariales es también por eso susceptible de crear un nuevo supuesto de ilícito competencial. En términos prácticos, éstos son los nuevos ilícitos competenciales perseguibles en jurisdicción ordinaria como supuesto de competencia desleal:

- a) No documentar por escrito los contratos, cuando sea exigible.
- b) No incluir en los documentos contractuales todos los extremos exigidos por el artículo 9.
- c) No conservar los documentos y justificantes relacionados con los contratos durante el plazo de dos años del artículo 11.
- d) Modificar los términos de un contrato en condiciones no permitidas por la ley.
- e) Imponer pagos adicionales en términos no permitidos por la ley.
- f) No especificar en el contrato el mecanismo de devolución de pagos adicionales cuya causa haya desaparecido.
- g) No especificar en el documento contractual la información que las partes deben suministrarse o imponer una obligación de entrega de información que no sea proporcionada al fin del contrato y obedezca a razones objetivas.
- h) Exigir a un operador información comercial sensible que no conste en el contrato escrito en los términos anteriores.
- i) Utilización para fines indirectos o no respeto de la confidencialidad en lo relativo a la información comercial sensible adquirida en el proceso de negociación o ejecución del contrato.
- j) Exigir o desvelar información comercial sensible relativa a terceros operadores.

Las prescripciones del proyecto que se refieren a la gestión de las marcas propias y ajenas (art. 14) no contienen ninguna prescripción nueva que no esté contenida en el derecho preexistente, por lo que no crean nuevos nichos de ilicitud competitiva en sede del artículo 15 de la Ley 3/1991. Lo mismo ocurre con la prohibición mediata que se contiene en el artículo 23.2 del proyecto, pues la imperatividad del régimen de plazos de pagos existe con anterioridad.

4. Sobre el problema de ley aplicable

Los contratos entre operadores comerciales regulados por el proyecto son contratos de compraventa y distribución, suministro o servicios, en todo caso de derecho privado. La ley no tiene en consideración la posibilidad de que tales contratos estén sujetos a una ley material distinta de la española. Se trata de una presunción sin sentido. Desde el momento en que exista en la relación contractual un elemento extranjero cualquiera (parte o partes, lugar de contratación, lugar de cumplimiento, etc.), los pactos de determinación libre de la ley aplicable son legítimos, conforme al artículo 3 del Reglamento europeo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Reglamento Roma I). Si el juez español fuere competente para resolver litigios derivados de estos contratos y la ley reguladora de los contratos no fuese la española, sólo podría aplicar las prescripciones del proyecto si considerase que contienen «normas de policía» en el sentido del artículo 9 del reglamento citado. En nuestra opinión, ninguna de las normas del proyecto es una ley de policía en el sentido del derecho comunitario. Las infracciones administrativas que tienen como su supuesto de hecho las conductas u omisiones contractuales no podrían ser impuestas cuando los contratos en cuestión estuvieran sujetos a ley no española.

5. Derecho sancionador

Lo que importa saber a los operadores que contratan y se relacionan con otros operadores de la cadena alimentaria es que, si la norma entra en vigor, las siguientes conductas de mercado van a ser tipificadas como infracciones administrativas y sancionadas con multa:

- a) No formalizar por escrito los contratos alimentarios de las operaciones comerciales sujetas al artículo 8.
- b) No incluir en el documento contractual los extremos exigidos en el artículo 9.
- c) No cumplir las condiciones y requisitos establecidos para la realización de subastas electrónicas en el artículo 10.
- d) Incumplir las obligaciones de conservación de documentos a que se refiere el artículo 11.

- e) Efectuar modificaciones de las condiciones contractuales «que no estén expresamente pactadas por las partes».
- f) Exigir pagos adicionales al precio, sobre el precio pactado en el contrato, salvo en los supuestos previstos en el proyecto de ley.
- g) Exigir o revelar información comercial sensible de otros operadores obtenida en el proceso de negociación o ejecución de un contrato alimentario incumpliendo el deber de confidencialidad, así como utilizar dicha información para fines distintos de los pactados en el contrato.
- h) Incumplir la obligación de suministrar la información que le sea requerida al operador por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones.
- i) Incumplir los plazos de pago en las operaciones comerciales de productos «alimentarios o alimenticios» (*sic*) conforme a lo establecido en la legislación de morosidad en las relaciones comerciales.

Estas infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves; el proyecto de ley precisa cuáles han de considerarse infracciones graves o muy graves, debiendo reputarse el resto como leves. Interesa señalar que la única infracción que se tipifica como grave *per se* es el incumplimiento de los plazos de pago; todas las demás se ven agravadas como consecuencia de la reincidencia en un plazo de dos años.

Las sanciones previstas oscilan entre un máximo de 3000 euros, para las leves, de 100 000 euros para las graves y de 1 000 000 de euros para las muy graves. Además de las multas, y como una sanción que incide directamente en la reputación comercial de las empresas, se prevé la posibilidad, para las infracciones muy graves que hayan adquirido firmeza en vía judicial, de que la Administración publique la infracción cometida y la sanción impuesta junto con la identificación de los responsables.

El proyecto de ley declara de aplicación las normas sancionadoras contenidas en la Ley 30/1992, pero reitera la necesidad de respetar el principio *non bis in idem*: «... en ningún caso se podrán imponer dos o más sanciones

por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes». Este precepto parece más dirigido a reconocer esta segunda consecuencia que a reforzar un principio que ya está en nuestro derecho y que difícilmente resultará de aplicación a las infracciones previstas en el proyecto de ley dada la especificidad del bien jurídico que protege («el correcto funcionamiento de la cadena alimentaria»). Lo que se pretende, en suma, es que las multas previstas vengán a reforzar las acciones de otro tipo, fundamentalmente civil, recogidas en otras normas para las conductas ahora tipificadas como infracciones administrativas, en especial en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

El proyecto de ley contiene, además, una cláusula expresa de remisión a las normas de defensa de la competencia. El artículo 23.5 PLCA dispone que cuando, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, «se afecte a la competencia efectiva de los mercados», resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley 15/2007. Con ello no se está desplazando la aplicación del proyecto de ley —sus sanciones serán compatibles con las de la competencia, al ser los bienes jurídicos protegidos distintos—, por lo que el precepto aparece únicamente dirigido a recalcar que esta norma no pretende menoscabar el derecho a la libre competencia. Así lo refuerzan las previsiones, a las que haremos referencia, sobre el deber de la nueva Agencia de Información y Control Alimentarios de trasladar a la Comisión Nacional de la Competencia la información sobre los posibles ilícitos anticoncurrenciales que detecte en el ejercicio de sus funciones.

Resulta cuestionable, a nuestro juicio, la presunción de culpabilidad e inversión de la carga de la prueba contenida en el artículo 23.4 del proyecto de ley, por el que «se presume, salvo prueba en contrario, que son autores de las infracciones tipificadas en las letras *a* y *b* del apartado 1 de este artículo» los operadores que se encuentran en una situación de privilegio o ventaja, *i. e.*, los mismos cuya intervención determina la aplicación de las prescripciones de la

norma. Tal presunción introduce una inversión de la carga de la prueba que resulta difícilmente conciliable con el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución y la consiguiente necesidad de que exista una prueba de cargo para sancionar que sea suficiente (*vid.*, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2003).

Para llevar a cabo la labor de seguimiento e inspección de las operaciones comerciales sometidas a las prescripciones del proyecto de ley, se crea un organismo autónomo, la Agencia de Información y Control Alimentarios. En realidad, esta agencia sustituye y asume las funciones que ahora corresponden a la Agencia para el Aceite de Oliva, con la clara finalidad de no cargar los presupuestos con la creación de un nuevo ente público. Por las funciones que se le reconocen, la agencia se convierte en un organismo muy poderoso de control del mercado alimentario. Se le reconocen así, entre otras muchas competencias, las de «realizar las comprobaciones que corresponda de las denuncias por incumplimientos de lo dispuesto en esta ley que les sean presentadas e instruir el correspondiente expediente sancionador para formular la propuesta de resolución que proceda a la autoridad competente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, o trasladarlas a la Comisión Nacional de la Competencia junto con las actuaciones realizadas», pudiendo también iniciar de oficio el procedimiento sancionador por las irregularidades que constate en el ejercicio de sus funciones de inspección.

Para facilitar la labor de la agencia, el proyecto de ley establece el deber de colaboración con ella de toda persona física o jurídica y la obligación de proporcionarle, cuando así lo requiera y en un plazo ordinario de diez días, «toda clase de datos e informaciones de que disponga y que puedan resultar necesarios con el objeto y finalidad de la inspección». El incumplimiento de este deber puede ser constitutivo de la infracción leve prevista en el artículo 23*h*, consistente en «incumplir la obligación de suministrar la información que le sea requerida por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones».